



**EL PRETEXTO DE LA EXCEPCIONALIDAD DEL ORDEN PÚBLICO
ECONÓMICO: UNA ILUSTRACIÓN DE JURISPRUDENCIA NACIONAL
ANTICRISIS**

***THE EXCEPTIONAL CHARACTER OF THE ECONOMIC PUBLIC ORDER AS A
PRETEXT: AN ILLUSTRATION OF ANTI-CRISIS NATIONAL
JURISPRUDENCE***

*LUIS JIMENA QUESADA**

*Catedrático de Derecho constitucional (Universitat de València)
Ex Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa*

Artículo recibido el 20 de mayo de 2016

Artículo aceptado el 01 de junio de 2016

RESUMEN

La Economía y el Derecho deben concebirse como instrumentos que, en una acción de sinergia, persigan la satisfacción de los derechos fundamentales, también de los de dimensión social. En este sentido, la jurisprudencia nacional anticrisis (del Tribunal Supremo español) que es sometida a escrutinio en el presente trabajo, presenta un claro déficit de razonamiento jurídico y de análisis

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación “Constitución financiera vs. Constitución social. Redefinición del Estado autonómico y social a la luz de la cláusula de estabilidad presupuestaria” (DER2013-48327-C3-3-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (investigador principal: Prof. Dr. Manuel Terol Becerra), así como del grupo de investigación “Derechos Humanos y Carta Social Europea” de la Universitat de València (GIUV2013-148, directora: Prof^a. Dra. Carmen Salcedo Beltrán), y recoge sustancialmente el capítulo cuarto del libro titulado *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

económico del Derecho, en la medida en que es manifiestamente mal fundamentada. El autor concluye que esa jurisprudencia nacional debe ser corregida a la luz de los parámetros europeos, curiosamente sobre la base de la jurisprudencia económica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin perjuicio de la más específica interpretación ofrecida por el Comité Europeo de Derechos Sociales.

PALABRAS CLAVE: Estado social, razonamiento jurídico, análisis económico del Derecho, medidas de eficiencia económica, eficacia jurídica de derechos sociales.

ABSTRACT

Both Economics and Law must be conceived as instruments in a synergistic action pursuing the realization of fundamental rights, also those of social dimension. In this regard, the national anti-crisis jurisprudence (from the Spanish Supreme Court) which is submitted to scrutiny in the present essay, presents a clear deficit of both legal reasoning and economic analysis of law, insofar as it is manifestly ill-founded. The author concludes that such national jurisprudence must be corrected in the light of the European parameters, curiously on the basis of the economic jurisprudence of Court of Justice of the European Union, without prejudice to the more specific interpretation offered by the European Committee of Social Rights.

KEY WORDS: *Social State, Legal Reasoning, Economic Analysis of Law, Measures of Economic Efficiency, Legal Effectiveness of Social Rights.*

SUMARIO

- 1. La transparencia y racionalidad de los factores acreditativos del análisis económico del Derecho.*
- 2. La jurisprudencia económica del Tribunal Supremo y la flexinormatividad del ordenamiento civil: a propósito de la Sentencia de 25 de marzo de 2015.*
- 3. La aparente vis expansiva de una jurisprudencia económica aislada.*
- 4. Propuestas de corrección de esa jurisprudencia devaluada y anticrisis*

1. La transparencia y racionalidad de los factores acreditativos del análisis económico del Derecho

Con razón se ha esgrimido que la relación entre la economía política y la legislación atinente a las finanzas estatales es realmente tan obvia y necesaria que

cualquier persona con sentido común, aunque no haya abierto nunca un libro sobre economía, no se siente en absoluto ajena a las reglas o principios derivados de dicha legislación y, consecuentemente, se ve naturalmente impulsada a valorarla (con aprobación o con rechazo) sobre la base de su razonamiento apriorístico, su experiencia personal o conocimientos adquiridos de otra forma. Efectivamente, sin ser un economista, ni un jurista u otro profesional con conocimientos especializados, cualquier persona es capaz de observar y comprender los fenómenos económicos, puesto que la naturaleza de las cuestiones sometidas a su consideración invita a efectuar valoraciones y comparaciones¹.

Desde luego, esa persona podrá equivocarse a menudo, como también yerran los economistas², por más que las teóricamente cualificadas opiniones de éstos se vean revestidas con mayor o menor frecuencia de una dudosa superioridad³. Ahora bien, a quienes hacen del análisis económico del Derecho su profesión, especialmente los operadores jurídicos (no sólo los profesionales de la judicatura), les es exigible efectuar valoraciones y comparaciones más estrictas, de modo que la exigencia de transparencia y de racionalidad de sus actuaciones y decisiones resulta acentuada.

En la actualidad, se apuesta por una corriente de Derecho y de Economía tendente a aplicar la teoría y métodos económicos a la práctica jurídica, afirmándose que las herramientas del razonamiento económico ofrecen mejores posibilidades para una práctica legal justificada y coherente, hasta el punto de concebirla como una de las teorías dominantes de la jurisprudencia⁴. En otras palabras, esa corriente brindaría una teoría general del Derecho sustentada por herramientas conceptuales susceptibles de clarificar y mejorar la praxis jurídica⁵.

Todo ello sin perjuicio de la consideración conjunta del razonamiento jurídico y del razonamiento económico, que ha dado lugar a investigaciones orientadas a explicar cómo la racionalidad afecta al comportamiento económico de las personas (acaso no queden sustraídos a dicha afectación los profesionales de la judicatura) en escenarios

¹ TIMLIN, William Henry: "Economics and Jurisprudence", *Marquette Law Review*, Volume 5, Issue 4, 1921, p. 179.

² *Ibidem*.

³ Véase el artículo de NAÏM, Moisés: "La fraudulenta superioridad de los economistas", *El País*, 28 de marzo de 2015 (http://internacional.elpais.com/internacional/2015/03/28/actualidad/1427562693_607910.html, visitado el 10 de marzo de 2016): "La crisis económica que aún vive el mundo y la incapacidad de los economistas para ofrecer soluciones sobre las cuales hay un significativo consenso revela que su instrumental teórico necesita urgentemente una inyección de nuevas ideas, métodos y supuestos sobre la conducta humana. Es difícil que esto ocurra mientras prevalezca la arrogante insularidad intelectual de la elite que actualmente rige de manera férrea y miope las investigaciones económicas".

⁴ COTTER, Thomas F.: "Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement", *Georgetown Law Journal*, Vol. 84, Issue 6, 1996, p. 2071.

⁵ BUTLER, Brian Edgar: "Law and Economics", *Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/law-econ/> (visitado el 20 de enero de 2016). A tenor de esa teoría, la ley es mejor aprehendida como una herramienta social que promueve la eficiencia económica, incidiéndose asimismo en el análisis económico y la eficiencia como ideal que puede guiar la práctica jurídica. Considera dicha teoría, correlativamente, el modo en que la legislación debería ser utilizada para mejorar las condiciones del mercado.

legales (*Behavioural Economics and Law*)⁶, la teoría de la elección pública y la forma en la que el comportamiento colectivo debería tener un efecto sobre la legislación (*Public Choice Theory*)⁷, o la teoría de los juegos y la comprensión sobre cómo se desenvuelve la acción estratégica en un contexto legal (*Game Theory*)⁸.

Dicho lo anterior, es obvio que la reflexión sobre la relación entre el Derecho y la Economía no es nueva y, de hecho, ya desde mediados del siglo XVIII se subrayó la íntima conexión entre la economía de una nación y su sistema jurídico. Con tal filosofía, pensadores como Adam Smith ya concibieron su teoría de economía política como una parte esencial de su más amplia teoría jurisprudencial, dejando una estela que sería explorada con profundidad por los utilitaristas (entre los más señeros, como es conocido, Jeremy Bentham y John Stuart Mill) en el siglo XIX.

Sin embargo, hasta principios de los años setenta del siglo XX no fue tan significativa esa aproximación jurídico-económica mediante una corriente jurisprudencial⁹. Lo cual pasa inexorablemente por entender los estrechos límites de una concepción de la Ciencia del Derecho como práctica autónoma anclada en el más puro positivismo jurídico¹⁰ o en una discrecionalidad (superadora de la insuficiencia de las tesis positivistas) apta por resolver casos difíciles tomando en serio únicamente ciertos derechos individuales con relegación de los derechos sociales¹¹ o, más ampliamente, de

⁶ Cf. SUSTEIN, Cass R.: *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

⁷ Esta teoría se desglosa en dos vertientes, que abordan las decisiones colectivas o públicas adoptadas por los dirigentes políticos (la *elección pública positiva*) y el modo de desarrollar un marco institucional que encuadre la acción política ante el control de la sociedad civil (la *economía política constitucional*). El impulsor de dicha teoría fue James M. BUCHANAN (quien fue galardonado gracias a ella con el Premio Nobel de Economía en 1986): al respecto, puede leerse FORMAINI, Robert L.: “James M. Buchanan – The Creation of Public Choice Theory”, *Economic Insights*, Federal Reserve Bank of Dallas, Vol. 8, No. 2, 2003, <https://www.dallasfed.org/assets/documents/research/ei/ei0302.pdf> (visitado el 21 de enero de 2016). Véase, más ampliamente, FARBER, Daniel & FRICKEY, Philip: *Law and Public Choice*, Chicago, University of Chicago Press, 1991.

⁸ Véase BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H. & PICKER, Randal C.: *Game Theory and the Law*, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 1994, así como CAMERER, Colin F. (Ed.): *Behavioral Game Theory. Experiments in Strategic Interaction*, Princeton, Princeton University Press, 2003. En español, léase SÁNCHEZ CUENCA, Ignacio: *Teoría de Juegos*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas (Colección “Cuadernos Metodológicos”, n° 34), 2ª ed., 2009 (1ª ed. 2004): dicho autor ofrece una visión más amplia de la teoría de juegos desde la perspectiva de su aplicación a las ciencias sociales (especialmente, en su concepción de herramienta analítica básica en la ciencia política y la sociología) analizando situaciones estratégicas en que los agentes toman decisiones en función de sus expectativas sobre lo que van a hacer los demás (se abordan la teoría de la utilidad, los juegos en forma normal, los juegos en forma extensiva, los juegos repetidos y los juegos de información incompleta).

⁹ Una corriente marcada especialmente por la obra de POSNER, Richard A.: *Economic Analysis of Law*, Nueva York, Aspen, 1973 (9ª ed. de 2014, publicada por Wolters Kluwer Law&Business).

¹⁰ KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho* (trad. Roberto J. VERNENGO), México DF, UNAM, 1979 (2ª ed. de 1982).

¹¹ DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio* (trad. de Marta GUASTAVINO), Barcelona, Ariel, 1984; véase asimismo, para la comprensión de su teoría distributiva en relación con el acceso universal a las prestaciones sanitarias, DWORKIN, Ronald: “Justice in the Distribution of Health Care”, *McGill Law Journal*, Vol. 38, No. 4, 1993, pp. 883-898, particularmente p. 888.

los objetivos sociales colectivos¹²; sin por ello, obviamente, renunciar al rigor jurídico o a la búsqueda de la racionalidad.

En cualquier caso, ese análisis económico del Derecho impulsado a inicios de los setenta de la pasada centuria ha comportado que la Ciencia del Derecho se haya visto forzada a mirar *ad extra* (no sólo *ad intra*), allende los elementales principios de índole estrictamente jurídica. Como correlato, se han visto satisfechas las ambiciones de los economistas “realistas” de considerar el Derecho como un instrumento al servicio de sus herramientas analíticas de las ciencias sociales del comportamiento, así como las pretensiones de los economistas “neo-clásicos” de extender sus investigaciones más allá del comportamiento del mercado y de las relaciones laborales ampliando su escrutinio a todas las esferas de la vida social humana¹³.

Las precedentes consideraciones resultan de interés a la hora de acometer cierta jurisprudencia económica del Tribunal Supremo español que, como se estudiará a continuación, no parece atender a esas exigencias de razonabilidad, generando una preocupante flexinormatividad del ordenamiento jurídico aquejada de una acusada incertidumbre que se revela nociva tanto en términos de eficiencia económica como de satisfacción de derechos fundamentales de dimensión social.

2. La jurisprudencia económica del Tribunal Supremo y la *flexinormatividad* del ordenamiento civil: a propósito de la Sentencia de 25 de marzo de 2015

La STS (Sala de lo Civil) nº 139, de 25 de marzo de 2015 (recurso de casación nº 138/2014), resuelve una controversia en la que dos prestatarios demandaban a un banco pidiendo la declaración de nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario que firmaron y la condena de la entidad bancaria a la devolución de las cantidades cobradas a consecuencia de la aplicación de dicha cláusula. Las sentencias dictadas en primera instancia y en apelación declararon la nulidad por abusiva de la cláusula suelo y condenaron al banco a la devolución de las cantidades percibidas como consecuencia de su aplicación. El banco demandado interpuso recurso de casación.

El Alto Tribunal confirma en su Sentencia la declaración de nulidad de la cláusula suelo (siguiendo al efecto la doctrina establecida en su previa Sentencia de 9 de mayo de 2013), limitando no obstante sus efectos en el tiempo y, con ello,

¹² Véase la interesante crítica que formula a la obra de Dworkin, a este respecto, NINO, Carlos: *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 436: “Los jueces no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, pero deben atenerse a los que están homologados por los órganos que gozan de representatividad democrática”. Tomo la cita de PRIETO SANCHÍS, Luis: “Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 14, 1985, pp. 353-378, quien pertinentemente añade (p. 368) que “de modo particular, en España la observancia de objetivos sociales no sólo no constituye una práctica antidemocrática, sino que representa el cabal sometimiento del juez a una decisión de la soberanía cristalizada en la Constitución de 1978”.

¹³ POSTEMA, Gerald J.: “Economic Jurisprudence”, en la obra colectiva *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* (Ed. Enrico PATTARO), Vol. 11 (*Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*), Heidelberg, Springer, 2011, p. 182-183.

introduciendo una especie de flexinormatividad de las normas aplicables a través de un enfoque espurio de la nulidad so pretexto de razones excepcionales de orden público económico que, por el contrario, no justifica. Fija así como *doctrina jurisprudencial económica* la siguiente, en el punto dispositivo cuarto del fallo: “*Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Recurso 1217/2013, y la de 24 de marzo de 2015, Recurso 1765/2013, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013*”.

En la Sentencia de 25 de marzo de 2015 se justifica la limitación de la retroactividad de la declaración de nulidad (eficacia *ex tunc*), exceptuando la aplicación del artículo 1303 del Código Civil¹⁴, por razones de seguridad jurídica, en este sentido: “*La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto*” (Fundamento de Derecho Noveno.4).

El razonamiento no parece convincente, sobre todo porque la excepcionalidad en la limitación temporal de los efectos *ex tunc* debería acreditarse (como se detallará más tarde en el apartado 4, *infra*, al abordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE) en cada procedimiento atendiendo al riesgo serio y real de producción de trastornos graves para ese orden público económico. Desde este punto de vista, difícilmente cabe considerar suficiente motivada esa limitación de efectos aduciendo, sin más, la existencia de “miles de procedimientos” sobre cuestiones análogas; en otras palabras, semejante argumentación viene a traducir una mera apreciación subjetiva por parte del Tribunal Supremo que refleja una discrecionalidad no respaldada por una acreditación numérica cuantificadora de los posibles daños en el concreto procedimiento judicial.

Sobre este punto, merece la pena recalcar que dos magistrados del Tribunal Supremo formularon voto particular discrepante arguyendo que no procedería articular la controvertida limitación temporal, entre otros motivos porque, con ese impacto parcial de la nulidad de la cláusula litigiosa, “*el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter ‘ex tunc’, esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descrita su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para*

¹⁴ A tenor del cual: “(...) declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva”.

En esa opinión disidente, por añadidura, se postula como finalidad primordial *“que resulte útil o sirva para el mejor estudio y análisis de las consecuencias jurídicas derivadas del control de transparencia”* ante situaciones de vulnerabilidad de consumidores que, en verdad, encarnaban a personas enfrentadas en muchos supuestos al drama de los desahucios¹⁵.

Con tal espíritu, razonan los magistrados discrepantes que ese propósito *“resulta plenamente coherente con el actual proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios, en donde la novedad e impronta que presenta el control de transparencia, como plasmación del principio de transparencia real en el marco general del control de abusividad, está dando lugar a una necesaria adecuación de la dogmática tradicional del contrato en aras a superar la concepción meramente ‘formal’ de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la naturaleza negocial del contrato y, por extensión, al mero literalismo interpretativo (‘pacta sunt servanda’), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutabilidad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de la contratación bajo condiciones generales”.*

3. La aparente *vis expansiva* de una jurisprudencia económica aislada

Sin perjuicio de lo que después se dirá sobre la corrección propiciada por la jurisprudencia del TJUE, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 viene paradójicamente a sembrar incertidumbre y ser pasto de la inseguridad jurídica que curiosamente dice combatir. Pues, efectivamente, sobre no sentar un criterio claro de acreditación del concreto trastorno grave para el orden público económico, puede trastocar la seguridad del tráfico jurídico y comercial. ¿En qué medida? En particular, al proyectar un impacto que, apuntado en ese aislado pronunciamiento, no solamente acaba perjudicando a quienes ocupan una posición más vulnerable (los consumidores, a quienes avala la normativa y la jurisprudencia de la UE¹⁶ –remisión asimismo a lo

¹⁵ Repárese en que en multitud de litigios, el contrato de préstamo en una de cuyas cláusulas se ha pactado la limitación del tipo mínimo de interés (cláusula suelo) está garantizado por una hipoteca constituida sobre la vivienda habitual de los prestatarios que, como demandantes, piden la declaración de nulidad de la cláusula suelo y la devolución de las cantidades percibidas en exceso como consecuencia de su aplicación. En este sentido, la impuesta obligación de pago de cantidades superiores a las debidas por la aplicación de la cláusula suelo puede suscitar dificultades y problemas para el cumplimiento de sus obligaciones por la parte prestataria, especialmente en un contexto de crisis económica como el actual. Si esta situación se produce y los prestatarios no atienden el pago de las cuotas comprensivas de capital e intereses, la consecuencia puede ser que el banco prestamista ejecute la garantía constituida sobre la vivienda.

¹⁶ El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece que “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que

expuesto sobre el control de transparencia, apartado 2 *supra*) sino desmontando asimismo una teoría jurídica de la nulidad construida sin fisuras en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto con anterioridad como con posterioridad al pronunciamiento criticado.

Concretamente, ese dudoso análisis económico del Derecho que se opera en la STS de 25 de marzo de 2015 se aparta de la constante y reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal a tenor de la cual la resolución o la nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas produce la restitución de las partes a la situación anterior a que produjera sus efectos. Ello de conformidad con la regla clásica, recogida en el citado artículo 1303 del Código Civil, “*quod nullum est nullum effectum producit*” (lo que es nulo no produce ningún efecto).

Así, con carácter previo a la polémica Sentencia, la misma Sala de lo Civil había declarado en su Sentencia nº 843 de 23 de noviembre de 2011 (FJ segundo) que “*para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio ‘iura novit curia’ y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia*”.

Con la misma orientación, en la STS nº 103 de 1 de marzo de 2012 (FJ Cuarto, 2) se determinó que “*los efectos de la resolución del contrato se producen desde el momento en que se celebró, por tanto, con efectos retroactivos*”, añadiéndose otra jurisprudencia precedente de interés para delimitar algunas otras categorías jurídicas¹⁷.

el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”; por su lado, el artículo 7, apartado 1, dispone que “Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”. Sobre esa base normativa, el TJUE incide en su jurisprudencia en el principio de efectividad de la protección de los consumidores, insistiendo en que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (entre otras, Sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, asunto C-618/10; de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, asunto C-415/11, o de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo*, asunto C-169/14).

¹⁷ Puede leerse en ese mismo FJ cuarto, 2º de la STS de 1 de marzo de 2012: “La STS 315/2011, de 4 julio aplica la doctrina del efecto retroactivo de la resolución contractual, lo que supone ‘(...) que esta tiene lugar no desde el momento de la extinción de la relación, sino desde la celebración del contrato, lo que implica volver al estado jurídico preexistente al mismo, con obligación de cada parte de restituir las cosas o prestaciones que hubiera recibido (...). Estos es así porque la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos producidos, como se halla establecido en el Art. 1295 CC para el caso de rescisión, precepto al que expresamente se remite el Art. 1124 CC que, como se ha dicho (...) ha de entenderse aplicable a la resolución del contrato de compraventa de inmuebles, y también en el Art. 1123 CC y 1303 CC para el caso de nulidad (...)’ (asimismo SSTs de 30 diciembre 2003, 6 mayo 1988 y 17 junio 1986)”.

Por otra parte, apenas dos semanas antes del criticado pronunciamiento, el propio TS recordaba en su Sentencia nº 102 de 10 de marzo de 2015 (FJ Séptimo.2) que *“la jurisprudencia de esta Sala afirma que los efectos derivados de la nulidad contractual, consistentes básicamente en la restitución de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato nulo en los términos previstos en el art. 1303 del Código Civil, tienen por finalidad conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante, restableciendo la situación económica previa a la declaración de nulidad, a cuya conclusión conduce también la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, complementario del sistema liquidatorio de las consecuencias de la nulidad negocial, pues de no acordarse tal efecto, se aprovecharía una de las partes en detrimento de la otra”*.

Por último, incluso con posterioridad a marzo de 2015, el TS ha certificado ese carácter aislado del pronunciamiento controvertido, bastando para ilustrarlo la remisión a la STS nº 317 de 2 de junio de 2015 (FJ Tercero.3), en donde se reafirma que *“esta norma del art. 1303 tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (...) evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra”*.

En suma, el criterio jurisprudencial sostenido con solidez durante tiempo ha quedado alterado con cierta indiferencia en el seno del propio Tribunal Supremo mediante un análisis económico del Derecho que no ha sido convincentemente presentado, olvidando que el Derecho y la Economía disponen de sofisticadas técnicas analíticas en su condición de disciplinadas aplicadas¹⁸. Pues, en última instancia, una jurisprudencia económica es susceptible de una sólida construcción tendente a satisfacer eficientemente necesidades vitales y derechos fundamentales, como viene sucediendo a título de ejemplo en el seno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, la cual acude no sólo a la equidad sino a los criterios indemnizatorios más específicos de la Ley del Seguro Privado de 1995¹⁹; desde esta perspectiva, la eficiencia perseguida por la legislación se traduce en una eficiencia del enjuiciamiento²⁰.

4. Propuestas de corrección de esa jurisprudencia devaluada y anticrisis

¹⁸ De “ingeniería jurídica” (*“legal engineering”*), por referencia a “economía aplicada” y a “jurisprudencia aplicada” (*“applied economics and applied jurisprudence”*), habla POSTEMA, Gerald J.: “Economic Jurisprudence”, *op.cit.*, p. 184.

¹⁹ Entre otras muchas, SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de diciembre de 2011 (rec. nº 6152/2009), de 17 de noviembre de 2003 (rec. nº 4683/1999) o de 16 de diciembre de 1997 (rec. nº 4853/1993).

²⁰ De nuevo, resulta interesante la reflexión de POSTEMA, Gerald J.: “Economic Jurisprudence”, *op.cit.*, p. 188: el citado autor propugna esa eficiencia como principio rector, tanto de una “teoría económico-normativa de la legislación” (*“normative economic theory of legislation”*), como de una paralela “teoría económica normativa del enjuiciamiento” (*“normative economic theory of adjudication”*) que facilite el ejercicio de sus responsabilidades por parte de los órganos jurisdiccionales.

Llegados a este punto, diríase que la postura del Tribunal Supremo hecha explícita en la reseñada Sentencia de 25 de marzo de 2015 incurre en una doble contradicción al insertarla en el necesario equilibrio del recorrido histórico seguido por la democracia liberal y por la economía social de mercado que se han instalado como sistema político y como modelo económico actuales en los países pertenecientes a la UE, en donde ha sido posible armonizar la libertad y la igualdad en el marco de los valores fundamentales compartidos.

En efecto, la doble contradicción radica, de un lado, en el desconocimiento de un principio constitucional sobresaliente y aglutinante del Estado liberal de Derecho cual es la seguridad jurídica²¹, al dotar de un carácter contingente (resintiéndose así la idea de saber a qué atenerse²²) a nociones clara y sólidamente asentadas en la dogmática jurídica (como el significado y alcance de la “nulidad”, con efectos *ex tunc*), así como en la conculcación de otro pilar básico de esa seguridad jurídica (la necesaria motivación) que se ha visto remozada en el marco del Estado democrático por las exigencias de la transparencia en la adopción de las decisiones, especialmente de las que (como en el caso que nos ocupa), restringen derechos fundamentales de naturaleza social.

Y es, de otro lado, precisamente en esta última vertiente, desde la desconsideración de los principios constitucionales del Estado social, en la que reside el segundo elemento de contradicción; pues, cabalmente, la renuncia a justificar en qué consistiría el trastorno para el *general* bienestar económico en caso de no proceder a esa alteración del significado de la nulidad, comporta correlativamente hacer valer un enfoque inconciliable con la vigencia del bienestar social de numerosas y *concretas* personas afectadas por un abuso del Derecho que no se ve plenamente corregido y sancionado.

La criticada contradicción significa que la Sentencia del TS de 25 de marzo de 2015 opera una especie de ruptura de los equilibrios internos de las partes integrantes de nuestros sistemas de tipo occidental, concebidos como la suma del liberalismo y la democracia²³. Desde esta perspectiva, se ha afirmado que “la democracia completa, no reemplaza, al liberalismo”, de tal suerte que, si somos conscientes de ello, podemos controlar también el procedimiento para conseguir “más democracia”, tanto en sentido económico y social como en el sentido político.

²¹ En la jurisprudencia constitucional ya se declaró tempranamente (STC 27/1981, de 20 de julio) que la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, e irretroactividad de lo no favorable.

²² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 8: “La seguridad es, sobre todo y ante que nada, una radical necesidad antropológica humana y el saber a qué atenerse es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social de la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón de ser como valor jurídico”.

²³ SARTORI, Giovanni: *Teoría de la democracia. Problemas clásicos*, Madrid, Alianza Universidad, Tomo II, 1987, p. 472.

Por tanto, la expresión “más democracia” querría decir, correctamente entendida, que la democracia no es sólo una forma política, sino que significa asimismo, en primer lugar, que debe buscarse más igualdad social y un mayor bienestar económico sin olvidar, en segundo término, que la vida democrática se desenvuelve en el contexto de una sociedad multigrupal y de los “gobiernos privados”²⁴. En consecuencia, en el panorama de la crisis económica actual desatada en el año 2008, el pretexto de una mal entendida “democracia real” o el lema incontrolado de “más democracia” no deberían desconocer el acervo democrático liberal que ha venido consolidando los cimientos de la Unión Europea, sin perjuicio de corregir justamente los elementos de déficit democrático que, a su vez, tampoco resulten coherentes con el insoslayable ingrediente “social” del equilibrado modelo de “economía social de mercado”²⁵.

A modo de balance, puede sostenerse que el modelo neoliberal no resulta operativo cuando el Estado liberal de Derecho no se ha remozado con los progresos compatibles que exige el Estado social, que a su vez ha podido optimizarse al conciliarse la apuesta por la libertad y por la igualdad en un panorama de avances democráticos del Estado en la senda asimismo de la solidaridad. Y la comprensión de ese marco evolutivo del Estado social y democrático de Derecho como parámetro universalizador, y especialmente en el seno de la Unión Europea, es fundamental.

Con semejante aproximación, resulta de interés la reflexión del Profesor Torres del Moral cuando argumenta que la pretendida superación del Estado social de Derecho propugnada por solventes autores españoles (Pablo Lucas Verdú, o Elías Díaz), no puede ser tal, en la medida en que -en síntesis- la tesis principal de las obras de dichos autores residiría en que, la superación del Estado de Derecho en su inicial versión liberal por el Estado social de Derecho y la de éste por el Estado democrático de Derecho, es de signo socialista, concluyéndose que el Estado democrático de Derecho se alcanzará sólo cuando se dé el paso a un sistema económico socialista²⁶. Así las

²⁴ *Ibidem*, p. 472-473.

²⁵ *Ibidem*. Al criticar un espurio enfoque de “más democracia”, Sartori advertía a finales de los ochenta del pasado siglo que “no se gana nada (sino mutilar la democracia liberal en su totalidad) pretendiendo maximizar la democracia si seguimos un camino que destruye el componente liberal del sistema a cambio de obtener prácticamente muy poco. (...) Sostener que la democracia es algo más que el liberalismo es cierto a medias y es falso a medias. Es verdad si queremos decir que la democracia es más en el sentido social; pero en general es falso si pretendemos decir que es más que el liberalismo en sentido político. El Estado democrático –si le designamos correctamente– es el Estado constitucional liberal; esto significa que la democracia política se funde con el liberalismo y ha sido, en buena parte, sustituida por él. La exhortación ‘democratizad el Estado’ no lleva lejos y, con frecuencia, lleva a mal camino. La maquinaria del gobierno es siempre susceptible de mejoras; pero es difícil ver qué es lo que podría mejorarse mediante la denominada ocupación democrática del Estado constitucional liberal. Hasta ahora esa consigna de la ocupación democrática ha conseguido que se implanten constituciones que no proporcionan garantías constitucionales”.

²⁶ TORRES DEL MORAL, Antonio: “Realización del Estado social y constitución económica”, en TEROL BECERRA, Manuel (Dir.): *El Estado social y sus exigencias constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 23; el citado autor sintetiza así su crítica: “la tesis expuesta consiste, dicho muy resumidamente, en afirmar la existencia de dos sistemas económicos, el capitalista y el socialista y sostener que, como el primero, aun en su versión neocapitalista, no es suficiente para que haya un Estado democrático de Derecho, ha de serlo necesariamente el segundo, el socialista, entendido en el sentido

cosas, se argumenta que, más que de superación del Estado social, habríamos de apostar por su *reafirmación* y actualización, por cierto sin descuidar la aludida faceta transfronteriza, esa idea del Estado supranacional e internacionalmente integrado.

Con tal apuesta, el argumento de superación “por eliminación” no es concluyente, “ya que de la descalificación de un sistema como insuficiente (o de dos, si incluimos el Estado liberal de Derecho) no puede derivarse, sin más, la idoneidad del segundo o tercero”, por lo que en realidad no se sostendría la tesis según la cual “a la insuficiencia del Estado social -neocapitalista- de Derecho le ha de suceder el Estado democrático -socialista- de Derecho como si fuera una ley histórica de cumplimiento fatal, que bien claramente se percibe después de varias décadas que no es tal”²⁷.

Por consiguiente, la fórmula del “Estado social y democrático de Derecho” de la Carta Magna española no habría constitucionalizado tres tipos diferentes de Estado en el artículo 1.1, sino que su comprensión integradora sería, amén de una exigencia interpretativa de “unidad del texto”, la consagración de la evolución de una realidad guiada, no por la exclusión, sino por la complementariedad²⁸. Esa comprensión integradora²⁹, e integrada en Europa, compatible ciertamente con una crítica constructiva y regeneradora, propicia a mi modo de ver una actitud de confianza en el sistema político susceptible de corregir los riesgos de devaluación y, paralelamente, de blindar los elementos constitutivos del Estados social y democrático de Derecho.

Esa corrección y blindaje no sólo vendrá de la mano de la acción política (voluntad política de tipo gubernamental o legislativo)³⁰, sino asimismo de una voluntad jurisdiccional positiva que concilie los aspectos económicos y sociales. En estas condiciones, en el plano jurisprudencial, la razonabilidad de la prevalencia del bienestar

fuerte en el que se manejaban estos términos durante aquellos años, esto es, en el de la socialización de los medios de producción y planificación centralizada y vinculante de la economía”.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 24. “al éxito del Estado social contribuyeron tanto las formaciones políticas de la derecha como de la izquierda: el Partido Cristiano Demócrata alemán acuña el concepto después llevado a la práctica, de la *economía social de mercado*, modelo adoptado igualmente por la formación política homónima italiana. Y los partidos socialistas europeos, alentados por el éxito socialdemócrata sueco, se aproximaron al mismo desde la izquierda. (...) Y así sucedió que, cuando los partidos mencionados fueron alcanzando el Gobierno en sus respectivos países, no intentaron siquiera cuestionar el sistema de mercado”.

²⁹ CASCAJO CASTRO, José Luis: “La voz ‘Estado social y democrático de Derecho’: materiales para un léxico constitucional español”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 12, 1992, p. 22.

³⁰ TORRES DEL MORAL, Antonio: *Op. Cit.*, p. 25. La teoría actualizada del Estado social defendida por Antonio Torres queda corroborada en esa perspectiva de la “europeización de la democracia de partidos” con tan sólo echar un vistazo a las actitudes de las fuerzas políticas españolas en la dinámica de la construcción europea, lo que acomete Torres del Moral en estos términos: “Por lo que se refiere a España, la política llevada a efecto por el Partido Socialista Obrero Español tras su amplio éxito electoral de 1982 se inscribió en esa dinámica: apuntaló el sistema económico muy debilitado por aquel entonces, hizo una reconversión industrial que costó cientos de miles de puestos de trabajo y se alineó con el Occidente neocapitalista renunciando a rectificar el reciente ingreso de España en la OTAN y, en cambio, culminando con éxito la integración en la Comunidad Europea, hasta entonces calificada por las izquierdas españolas como un ‘club de mercaderes’. Y ha actuado del mismo modo tras su vuelta al poder en 2004 y ahora, en su segundo mandato consecutivo, para combatir la crisis económica mundial”.

económico de la sociedad frente a pretensiones particulares de defensa de derechos fundamentales habrá de estar, al menos, claramente explicitada y justificada, por más que siempre quede sujeta a crítica³¹.

Y, en esta línea, y sin perjuicio de la más específica jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales³², curiosamente es la jurisprudencia del TJUE la que ofrece el elemento corrector de esa jurisprudencia devaluada y anticrisis plasmada en la STS de 25 de marzo de 2015, señaladamente a través de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de abril de 2015 (*Mihai Manea*, asunto C-76/14) mediante la cual (perfilando su jurisprudencia precedente)³³, resuelve una cuestión prejudicial sobre compatibilidad con la normativa europea del régimen establecido por una norma nacional reguladora del gravamen sobre vehículos por emisiones contaminantes. Argumenta el TJUE que *“la existencia de consecuencias financieras que se derivan para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifica, por sí misma, la limitación de los efectos de dicha sentencia en el tiempo”*, y que *“incumbe al Estado miembro que solicita dicha limitación aportar (...) datos cifrados que permitan acreditar el riesgo de repercusiones económicas graves”* (apartado 55). Con estos parámetros, concluye que *“la estimación presentada por dicho Gobierno [rumano] no permite concluir, por sí misma, que la economía rumana podría verse gravemente alterada por las repercusiones de la presente sentencia. Por tanto, el requisito relativo a la existencia de trastornos graves no puede considerarse acreditado”* (apartado 57).

Recapitulando, el TJUE admite con carácter excepcional (“aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión”, apartado 54) la posibilidad de limitación temporal de efectos, pero exige la debida acreditación, en cada caso y de manera cuantificada, de la gravedad de las repercusiones o trastornos económicos.

En definitiva, lo mismo que cabe exigir un ejercicio responsable de la discrecionalidad judicial, la falta de previsibilidad de la acción política en virtud de la aleatoriedad de los resultados electorales y las formaciones gubernamentales no está reñida con una teoría económica de la democracia³⁴, a condición de dotar de vigencia a

³¹ Véase STEDH (Gran Sala) *Hatton c. Reino Unido*, de 8 de julio de 2003 (no violación del artículo 8 CEDH), que en reexamen cambia el criterio de la previa Sentencia de 2 de octubre de 2001 sobre el ruido sufrido por el vecindario del aeropuerto de Heathrow. En la Sentencia definitiva, el TEDH justifica la conclusión de no violación con apoyo en el apartado segundo del artículo 8 CEDH, que autoriza las restricciones necesarias para “el bienestar económico del país y la protección de los derechos y libertades de los demás”, por lo que “resulta legítimo que el Estado tenga en cuenta los intereses económicos mencionados cuando elabora su política”.

³² Véase ALFONO MELLADO, Carlos, JIMENA QUESADA, Luis, y SALCEDO BELTRÁN, Carmen: *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Albacete, Bomarzo, 2014.

³³ Entre otras, Sentencias del TJUE de 15 de marzo de 2005 (*Bidar*, asunto C-209/03, apartado 68), de 18 de enero de 2007 (*Brzeziński*, asunto C-313/05, apartados 58-60) o de 3 de junio de 2010 (*Kalinchev*, asunto C-2/09, apartados 54-55).

³⁴ DOWNS, Anthony: *An Economic Theory of Democracy*, Nueva York, Harper and Row, 1957 (trad. de Luis Adolfo MARTÍN MERINO: *Teoría económica de la democracia*, Madrid, Aguilar, 1973).

una racionalidad congruente con una base moral de lo que podríamos denominar decencia democrática³⁵.

Por todo lo cual, la ordenación de estructuras de derechos alternativas según criterios de eficiencia económica (como las puestas en escena en los conflictos jurisprudenciales anteriormente analizados) no son incompatibles con una evaluación que aboque a distribuciones alternativas según criterios de justicia o equidad; unos criterios que, en este caso, parecen mejor satisfechos por la postura del TJUE al propender a una certidumbre y una confianza legítima que no únicamente representan una más solvente ponderación de la eficiencia económica sino, al tiempo, una exigencia de razonabilidad y de transparencia que denotan una más cualificada eficiencia jurídica del sistema democrático³⁶.

Para el citado autor, la hipótesis central es la siguiente: En una democracia, los partidos políticos formulan su política estrictamente como medio para obtener votos. No pretenden conseguir sus cargos para realizar determinadas políticas preconcebidas o de servir a los intereses de cualquier grupo particular, sino que ejecutan políticas y sirven a grupos de intereses para conservar sus puestos. Por lo tanto, su función social (que consiste en elaborar y realizar políticas mientras se encuentran en el poder) es un subproducto de motivaciones privadas (que buscan obtener la renta, el poder y el prestigio que supone gobernar). Seguramente, para la percepción ciudadana mayoritaria, los avatares que han seguido las negociaciones posteriores a las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015 y la espuria “segunda vuelta” de 26 de junio de 2016 no parecen alejarse demasiado, lamentablemente, de esta hipótesis.

³⁵ Resulta trasladable aquí la crítica que, al abordar el que denomina “coste del idealismo”, efectúa SARTORI, Giovanni: *Teoría de la democracia. El debate contemporáneo*, Tomo I, Madrid, Alianza Universidad, 1987, p. 299: “En términos kantiano-weberianos, está claro que nuestras democracias adolecen de una falta de base moral y atraviesan una ‘crisis moral’. Desde todos los sectores sociales se advierte al ciudadano de nuestras democracias que debería ser ‘racional’, que debe analizar racionalmente su propio interés y que su conducta política, si es racional, debería ser como su comportamiento político”.

³⁶ A tal efecto, puede verse BUCHANAN, James M.: *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, (trad. Verónica SARDÓN), Buenos Aires, Katz Editores, 2009, p. 43. Perfilando su posición, agrega Buchanan (p. 260): “Los individuos se encuentran en conflicto por el uso de recursos escasos, con resultados que ninguno desea, porque no hay ningún conjunto de derechos sobre el que se haya llegado a un acuerdo y cuyo cumplimiento se asegure. La revolución constitucional sugerida implica un acuerdo mutuo sobre las restricciones del comportamiento que se requieren para lograr resultados tolerablemente eficientes. En la medida en que se tiene perspectiva de una mutualidad de beneficios, debería poderse llegar a un acuerdo en el plano conceptual. El *statu quo* da una base razonable en relación con la cual se pueden medir las limitaciones. (...) Lo revolución constitucional idealizada requeriría que se pongan límites al comportamiento en relación con todos los recursos escasos, sea mediante la asignación de títulos de propiedad individuales o mediante la imposición de límites de conducta restrictivos con títulos comunes”.